



## Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

**Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



**Sin Obras Derivadas** — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

## **Responsabilidad civil médica en cirugías estéticas: ¿obligación de medio o de resultado?<sup>1</sup>**

*Norma Constanza Montealegre Bustos<sup>2</sup>*

*Universidad Católica de Colombia*

### **Resumen**

El objetivo del presente artículo es determinar el alcance de la responsabilidad civil que asume un médico cirujano estético en el desarrollo de su actividad profesional, teniendo en cuenta todos los factores que influyen en el resultado del procedimiento estético per sé. Para ello sería necesario evaluar los deberes y obligaciones a cargo del galeno, las condiciones propias del paciente y los factores externos que influyen en el procedimiento, los cuales, muchas veces por imprevisibles, escapan de la voluntad y acción del profesional. Lo anterior, resulta relevante de cara al régimen de responsabilidad al que se debe enfrentar el médico cuando se materializa un daño en el paciente, el cual, dependerá sustancialmente de la clasificación de la obligación que se considere que asume el galeno, es decir, de medio o de resultado. En todo caso, se deberá tener en cuenta que la relación médico – paciente se basa en un acuerdo de voluntades, mediante el cual el galeno se encuentra comprometido a emplear todo su conocimiento, destreza y juicio clínico para obtener buenos resultados.

**Palabras clave:** Colombia, Responsabilidad, Responsabilidad civil, Responsabilidad médica, Obligación de medio, Paciente.

### **Abstract**

The objective of this article is to determine the scope of civil responsibility assumed by an aesthetic surgeon in the development of his professional activity, taking into account all the factors that influence the result of the aesthetic procedure per se. For this it would be

---

<sup>1</sup> Artículo resultado de investigación presentado como requisito para optar el Título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría de la doctora Olenka Deniss Woolcott Oyague, docente de la Facultad de Derecho, Abogada de la Universidad de Lima.

<sup>2</sup> Estudiante en proceso de grado de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil número 2110332, y correo electrónico: ncmontealegre32@ucatolica.edu.co

necessary to evaluate the duties and obligations of the doctor, the patient's own conditions and the external factors that influence the procedure, which, often due to unpredictability, escape the will and action of the professional. The foregoing is relevant in the face of the liability regime that the doctor must face when damage occurs in the patient, which will depend substantially on the classification of the obligation considered to be assumed by the doctor, that is, Medium or result. In any case, it should be taken into account that the doctor-patient relationship is based on an agreement of wills, through which the doctor is committed to using all his knowledge, skills and clinical judgment to obtain good results.

**Key words:** Colombia, Responsibility, Civil responsibility, Medical responsibility, Obligation of result, Patient.

## Sumario

Introducción .....	4
1. Justificación.....	10
2. Objetivo General .....	12
3. Antecedentes .....	12
4. Responsabilidad Civil.....	15
5. Conceptos Generales.....	16
5.1 Conducta .....	17
5.2 Daño.....	17
5.3 Nexo causal .....	18
Factor de imputación .....	19
6. Responsabilidad Civil Médica .....	20
7. Responsabilidad de Medio y de Resultado.....	26
8. Seguro de Responsabilidad Médica .....	29
Conclusión .....	31
Referencias .....	33

## **Introducción**

Las cirugías estéticas, son aquellas que tiene por objeto o fin el embellecimiento físico, cumplen principalmente con una función psíquica y se relacionan íntimamente con el aspecto psicológico que el individuo tiene de sí mismo. De tal manera que no guardan una relación directa con un aspecto funcional del cuerpo que requiera intervención por cuestiones de salud propiamente dichas. La cirugía estética es “aquella que sin proponerse aliviar un sufrimiento físico tiene como finalidad lograr el embellecimiento corporal de la persona, satisfaciendo una necesidad de perfección externa del paciente y siendo su justificativo el propio resultado” (Pérez de Leal, 1995, p.155).

Las cirugías estéticas se han vuelto más comunes y a su vez, un medio ordinario para cumplir con estándares de belleza que impone la sociedad. El panorama, hoy por hoy, revela un gran índice de demandas por responsabilidad civil contra médicos y establecimientos comerciales debido a malos procedimientos y/o malas prácticas. Ha llegado a tal punto, que la situación se ha denominado como “fiebre de la responsabilidad médica” (García, s.f., p.2). Ahora bien, en el fondo, el problema radica en que hay muy poca legislación que regule el tema, tanto desde la perspectiva médica, que permita el ejercicio con garantías y seguridad jurídica, como desde la perspectiva del paciente, de tal manera que se brinden las herramientas que permitan tomar una decisión consciente a la hora de practicarse un procedimiento de esta índole (Fernández, 2013).

Para estos efectos y con el fin de determinar el régimen de responsabilidad que debe asumir un médico cirujano estético en el ejercicio de su actividad, como consecuencia de un daño antijurídico que haya causado a un paciente, resulta de suma importancia determinar si éste, desde el inicio de la relación contractual, ha asumido de cara al paciente una obligación de medio o de resultado. De la misma manera, habrá que analizarse de manera integral, el cumplimiento de las obligaciones del galeno en el procedimiento estético y los efectos inherentes del mismo, esto implica tener en cuenta distintos factores desde el otro extremo del vínculo jurídico, es decir, desde la perspectiva del paciente como lo son: el cuidado de la

piel, el postoperatorio, el tipo de piel del paciente, la capacidad de cicatrización, el desarrollo de alergias a materiales empleados durante la cirugía o después de la misma, etcétera.

Entonces, ¿se podría afirmar que la responsabilidad de un médico en desarrollo de la actividad plástica estética es una obligación de medio o de resultado? Si bien es cierto, que el cirujano estético es un profesional especialista en el desarrollo de procedimientos de esta índole, no es menos cierto, que hay diferentes elementos que pueden repercutir en el resultado de dichas intervenciones, algunos previsibles y propios del ejercicio y otros, imprevisibles o sujetos al alea, como las condiciones físicas y genéticas propias de cada paciente y la reacción del cuerpo a la intervención, que en realidad en muchas ocasiones resultan casi imposibles de determinar, incluso cuando se ha empleado la mayor diligencia por parte del galeno, a través, de los interrogatorios previos en la etapa precontractual, realizados con la finalidad de tener un panorama de la historia clínica del paciente y con los exámenes diagnósticos, cuyo objeto es determinar con mayor precisión las condiciones físicas y su aptitud para el procedimiento. Ese componente aleatorio, es precisamente el que muchas veces genera, que el resultado final de la intervención no sea el que el paciente tenía en su imaginario o dentro de sus expectativas, situación está, que muchas veces es castigada fuertemente por el ordenamiento jurídico, por el vacío de la legislación en esta materia y la fuerte necesidad de hacer justicia social. No obstante, se evidencia que, de fondo, la génesis radica en gran parte, en el incumplimiento de las obligaciones precontractuales del profesional, relacionadas con el cumplimiento defectuoso o la omisión del deber de información.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, considero necesario que se evalúe la regulación normativa en el ordenamiento jurídico colombiano nacional, toda vez que, solo desde la vía jurisprudencia en este caso tomando la del Consejo del Estado desde año 1991 al 2016 ha venido desarrollado es tema, que brinda respaldo y seguridad jurídica al galeno en el desarrollo de esta actividad e incluso garantías al paciente, pues en el escenario judicial en caso de una controversia, se verá sometido a las consideraciones de un juez, quien tendrá la última palabra en decidir, si ampara o no sus derechos y si procede o no la reparación de los perjuicios que haya lugar.

En concordancia con lo manifestado anteriormente, a continuación se hace breve referencia de las sentencias del Consejo de Estado a partir del año 1991, esto con el fin de tener un visión.

Consejo del Estado Sección Tercera (13 de septiembre de 1991) Expediente 6253 MP. Carlos Betancur Jaramillo, manifiesta que:

La parte demandante para poner en evidencia la falla del servicio probó no sólo la conducta negligente y antitética del médico obligado a la atención del paciente y la torpeza del enfermero que lo trató, a falta de alguien idóneo que lo hiciera (Consejo del Estado Sección Tercera (13 de septiembre de 1991) Expediente 6253 MP. Carlos Betancur Jaramillo)

Consejo del Estado Sección Tercera (14 de febrero de 1992) Expediente 6477) MP. Carlos Betancur Jaramillo, manifiesta que:

El acervo probatorio muestra sin lugar a dudas razonables, que existió una protuberante falla del servicio; que esa falla causó la muerte del agente Medina y que su deceso produjo serios perjuicios tanto a su cónyuge como a sus hijos y que éstos deben ser resarcidos.

También pone de presente la sala que al revocar la decisión del a - quo no está partiendo del supuesto que la obligación médica implica una obligación de resultado. No, es una obligación medio, tal como ha tenido oportunidad de afirmarlo en varias sentencias y en especial en la de octubre 7 de 1991 (Consejo del Estado Sección Tercera (14 de febrero de 1992) Expediente 6477) MP. Carlos Betancur Jaramillo).

Consejo del Estado Sección Tercera (30 de julio de 1992) Expediente 6897) MP. Daniel Suarez Hernández, manifiesta que:

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador

un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento (Consejo del Estado Sección Tercera (30 de julio de 1992) Expediente 6897) MP. Daniel Suarez Hernández)

Consejo del Estado Sección Tercera (10 de febrero de 2000) Expediente 11878 MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez, manifiesta que:

El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos, hasta llegar a la unificación de criterios en torno al tema, con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta (Consejo del Estado Sección Tercera (10 de febrero de 2000) Expediente 11878 MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

Consejo del Estado Sección Tercera (22 de abril de 2004) Expediente 14212 MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez, manifiesta que:

Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial (Consejo del Estado Sección Tercera (22 de abril de 2004) Expediente 14212 MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez)

Consejo del Estado Sección Tercera (11 de mayo de 2006) Expediente 14400 MP. Ramiro Saavedra Becerra, manifiesta que:

Por esta razón, mientras la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial siguió rigiéndose por la falla probada del servicio, que exige acreditar los tres elementos constitutivos de la misma, cuando se tratara de establecer una responsabilidad médica, o sea aquella en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc. etc. en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, la jurisprudencia asumió la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento “falla”, presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio; acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondía a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero (Consejo del Estado Sección Tercera (11 de mayo de 2006) Expediente 14400 MP. Ramiro Saavedra Becerra).

Consejo del Estado Sección Tercera (20 de octubre de 2014) Expediente 30166 MP. Olga Melida Valle de De La Hoz, manifiesta que:

La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan (Consejo del Estado Sección Tercera (20 de octubre de 2014) Expediente 30166 MP. Olga Melida Valle de De La Hoz)



Consejo del Estado Sección Tercera (3 de octubre de 2016) Expediente 31159 MP. Ramiro Pazos Guerrero, manifiesta que:

En ese sentido, también se precisaron ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le correspondía probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resultara “*excesivamente difícil o prácticamente imposible*” hacerlo; (ii) de igual manera, correspondía al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podría acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales “*resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar*”; (iii) en la apreciación de los indicios tendría especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que hubiera lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios debía ser muy cuidadosa, pues no se puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debía preceder el de la falla del servicio (Consejo del Estado Sección Tercera (3 de octubre de 2016) Expediente 31159 MP. Ramiro Pazos Guerrero).

De acuerdo a la anterior línea jurisprudencial, en los respectivos análisis, se ha entendió que la responsabilidad médica, se basa en una obligación de medio, dado que el profesional de la salud, está obligado a obrar con diligencia y cuidado y colocar todo su conocimiento a favor del paciente, sin obligarse a obtener un resultado, y la forma de exonerarse de la culpa, es demostrándolo, aunque también se tuvo varios cambios, en cuanto a la carga de la prueba, es así como se denota que a pesar que no existe normatividad, se cuenta con esta base jurisprudencial para cubrir esos vacíos, de la misma forma la Corte Suprema de Justicia ha realizado unos importantes aportes, frente al tema investigado.

La Corte Suprema de Justicia ha hecho énfasis en la responsabilidad civil y sus elementos, los cuales debe tener en cuenta:

Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea

normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas) (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia de 30 de septiembre de 2016, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez).

Así como también lo afirma, Woolcott (2015)

Una conducta calificada como culpable por parte del médico, o simplemente el riesgo inherente al acto médico, en cuyo caso, estando de por medio una obligación de medios, el médico es responsable si queda acreditada su culpa, o se exonera si prueba que actuó con la diligencia y pericia necesarias para la consecución del resultado (p.69).

## **1. Justificación**

Aunque en la actualidad, la medicina cuenta con grandes avances científicos y tecnológicos, que, sin duda alguna, han logrado mejorar las condiciones en las que se llevan a cabo los procedimientos quirúrgicos estéticos, en términos de seguridad y confianza, ellos no han sido suficientes para reducir a cero las complicaciones y los errores médicos. En realidad, mientras el factor humano exista en cualquier actividad, la probabilidad que se materialice un error que se traduzca en una dificultad, será una constante que, si bien se puede disminuir a través de dichos avances, variará en gran medida en función de las cualidades y calidades del equipo médico.

El error puede ser definido como el uso no intencional, de un plan incorrecto para alcanzar un objetivo, o la no ejecución satisfactoria de una acción planificada. Datos internacionales apuntan que los errores en salud afectan uno en cada diez pacientes en todo el mundo y que, el conocimiento más importante en el campo de la seguridad de los pacientes es la forma de impedir que el daño suceda durante el tratamiento y cuidados (Lobao y Menezes, 2013, p.2).

En adición a lo anterior, es necesario tener en cuenta la gran cantidad de riesgos propios que tiene cualquier cirugía, sea plástica o no, reconstructiva o estética, para afirmar

que, si bien es cierto, como en todo tipo de contrato, las partes esperan tener éxito, no hay plenas garantías de ello y por el contrario, existe la posibilidad que alguno de los riesgos se concrete en el procedimiento y se genere cualquier tipo de complicación. Se agregan a los factores inherentes de las cirugías, las variables previamente señaladas, como el tipo de piel del paciente, su capacidad de cicatrización, alergias, antecedentes personales y familiares, los cuidados en el postoperatorio, hábitos de salud y alimenticios, entre otros, que parecieran ser ajenos muchas veces a este tipo de procedimientos, pero necesariamente tienen un fuerte impacto en los resultados de él. Lo anterior implica entonces, que, pese a la aplicación de la máxima destreza, diligencia y conocimientos del galeno, los resultados no dependen exclusivamente de él.

El Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, consideró a la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio, sino que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos tocará analizar los procedimientos realizados de una manera integral y no aislada (Ruiz, 2004, p. 203).

Es así como el Consejo de Estado indicó que:

Analizada integralmente la totalidad de la conducta médica, esto es, involucradas todas las fases o etapas que hacen parte del amplio programa prestacional, es evidente que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación compleja. Esa relación está compuesta por una pluralidad de deberes – obligaciones; así lo detecta la doctrina al enunciar dentro de la pluralidad del contenido prestacional médico unos deberes principales y otros secundarios. Respecto de los deberes principales están, por lo general, los de ejecución, de diligencia en la ejecución, de información y de guarda de secreto médico. Descendiendo al acto médico propiamente dicho, aparecen los denominados deberes secundarios de conducta como son atinentes a la elaboración del diagnóstico, de información, y elaboración del diagnóstico, de información y elaboración de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su voluntad, si ello es posible, el no

abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta. Estos deberes secundarios son, entre otros muchos, los que integran el contenido prestacional medico complejo (Consejo del Estado, Sentencia de Octubre 7 de 1999, exp. 12.655, Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez)

Lo anterior implica, un gran avance jurisprudencial en la categorización de las obligaciones del médico, pues ya no se definirá en estricto sentido como una obligación de medio o de resultado, sino que a partir de un análisis integral de todos los elementos que han formado la relación contractual en concreto, se deberá establecer el tipo de obligación que ha asumido el profesional y, en consecuencia, el régimen de responsabilidad que debería regir.

## **2. Objetivo General**

Explicar por qué los médicos cirujanos estéticos, asumen una obligación de medio y no de resultado en el ejercicio de su actividad, en cuanto a que existen otros factores que influyen en el resultado deseado por el paciente.

## **3. Antecedentes**

En los inicios de la humanidad la responsabilidad civil médica no existía, debido a la imagen sagrada que tenían los médicos. Sin embargo, esto llegó a su fin, cuando Hammurabi, Rey de Babilonia, penalizó a los galenos imperitos y negligentes y la Lex Aquila de Roma, regulando la compensación del daño causado por terceros. Históricamente, los médicos solo han estado sometidos a reglas éticas profesionales y a su conciencia; sin embargo, con el paso del tiempo se visualiza un régimen cada vez más estricto e incluso a veces absurdo, que deja de lado esa imagen y concepción sagrada que se tenía del galeno como sinónimo de generador o prolongador de vida.

Durante los últimos años, en Colombia se ha visto un incremento significativo en cuanto al número de demandas por responsabilidad médica. Esto sin duda ha provocado que los profesionales ejerzan la actividad con prevención en el sentido que se ha generado una alarma e incluso un temor en cuanto al desarrollo de la actividad, pues la falta de regulación en esta materia es escasa y los pronunciamientos jurisprudenciales son tan diversos que han

generado la necesidad de contratar seguros de responsabilidad civil por grandes sumas de dinero, para desempeñar sus labores, de tal manera que sientan algún tipo de protección patrimonial frente al eventual riesgo de una demanda de esta índole y así mismo tener un respaldo para asumir la reparación de un daño; ello, dejando de lado el análisis de riesgo moral, que implica una demanda de este tipo, respecto del cual no hay ningún tipo de seguro que blinde al profesional.

Es un hecho, que las reclamaciones contra los médicos son cada vez más, y son en su mayoría, consecuencia de un mal resultado o de una complicación imprevisible o irresistible, del tratamiento o del tipo de tratamiento que se implementó. No obstante, ello no implica necesariamente una mala práctica médica. De conformidad con ello, una demanda, sin entrar en análisis de responsabilidad, conlleva necesariamente a un impacto en la vida del profesional, es perjudicial para su buen nombre, para su estado de ánimo e inclusive un desgaste procesal, que en nuestro sistema implica un tiempo bastante considerable.

De acuerdo con las estadísticas de la Isaps, Colombia ocupó el séptimo lugar a nivel mundial en todos los procedimientos estéticos en 2015 y el sexto puesto si solo se tienen en cuenta las cirugías plásticas estéticas. En la anterior medición (del 2014), Colombia ocupó el octavo lugar del escalafón mundial de la Isaps. Según la encuesta, más de 21 millones de procedimientos estéticos quirúrgicos y no quirúrgicos fueron realizados en todo el mundo durante el año pasado, mientras que en Colombia fueron en su orden: liposucción (51.623 procedimientos); aumento de senos (44.888) y abdominoplastia (29.317). Respecto de los procedimientos a nivel facial, el de mayor demanda fue la cirugía de párpados (27.959) seguido de rinoplastia (24.852) (El País, 2016).

Ahora bien, en teoría, independientemente de lo anterior, el médico cirujano estético se supone que es un profesional calificado y avalado por el Estado colombiano, que independientemente de donde ejerza su profesión y los costos que establezca por ello, tiene la obligación de poner a disposición del paciente los medios apropiados y comprometerse a ejecutar las técnicas concretas previstas para el procedimiento a realizar en conjunto con la buena praxis. Además de aplicarlas con cuidado y la precisión que se exige dependiendo de las circunstancias y los riesgos que amerita cada intervención; de allí, la confianza legítima

que el paciente, que no tiene conocimiento en el tema, deposita en el profesional en principio, avalado y certificado por el Estado.

No obstante, en una relación contractual de esta naturaleza resulta pertinente tener en cuenta que la medicina, al ser considerada una actividad de riesgo y los cirujanos, al actuar sobre personas, tiene un componente aleatorio en cuanto a los riesgos y complicaciones que se pueden presentar en las diferentes técnicas de cirugía pues, no existen intervenciones y/o casos similares y el fracaso de la misma puede radicar en simples alteraciones biológicas, más que en una mala praxis. Es así como Achával (1983) afirma:

El acreedor (paciente en este caso), espera el resultado y podrá obtenerlo, pero no exigirlo, aunque sí puede exigir que la atención médica sea prestada con pericia y diligencia. En la obligación de medios, como el deudor no puede prometer un resultado, sólo será responsable cuando obró sin diligencia y el cuidado que la naturaleza de la obligación exige tener (p.24).

Sobre este punto, la doctrina española en la actualidad expresa que la medicina siempre tendrá una obligación de medio (Cabanillas, 1993). En Colombia, por el contrario, y desde 1980, se evidencia escasez respecto al tema de manera integral, pues no solo se encuentran vacíos legales, sino que los mismos muchas veces han sido llenados con la necesidad que exige la sociedad en su momento y, por tanto, no es coherente y si es más bien difusa

Nuestra legislación se ha caracterizado por ser excesiva en la regulación de ciertas actividades. No obstante, para el caso que nos ocupa, el panorama ha sido distinto y pese a la importancia de derechos que resultan involucrados en la actividad, la función social que hay inmersa en ella y la desprotección evidente que se genera para ambos extremos de la relación, la normativa es escasa y remite a la actividad médica en general, por lo tanto ha sido la jurisprudencia que se ha encargado de pronunciarse sobre la responsabilidad en casos de cirugías estéticas.

#### 4. Responsabilidad Civil

La responsabilidad se define, según la Lengua Española, como la “obligación de reparar y satisfacer un daño”, este término, como lo explica, Morón, y Ramírez (2002) “implica una relación entre personas, una que causa un daño y otra que lo sufre” (p. 8). La Responsabilidad Civil es, según expone Henri Capitant (1961), “la obligación de reparar un daño causado a una persona sea por culpa, sea, en ciertos casos determinados por la ley, por el riesgo resultante de la actividad del responsable” (p.489). Al igual como lo manifiestan, Woolcott., Vivas y Garzón (2017) “institución que repara los daños cuando hay relación causal entre el hecho productor del daño y este último y se verifique el criterio de imputación correspondiente” (p. 20).

Como lo expone Vélez (2016) con la responsabilidad civil se puede cumplir diversos objetivos, se cree que ella se puede definir como un estado jurídico de sometimiento de una o más personas a las sanciones provenientes del Derecho Privado, debido a que se han cometido uno o más actos ilícitos a juicio de este Derecho, con los que se puede alcanzar objetivos como la prevención de ocurrencia de daños y perjuicios, la reparación de perjuicios a la víctimas, la compensación de perjuicios a las víctimas (p. 422).

Con relación a lo anterior, el régimen de responsabilidad civil tiene como función principal reparar el daño, sin perjuicio de las clásicas funciones de prevención y sanción que tiene la institución, de igual forma no se niega la existencia de otras funciones, las cuales no son materia de análisis en esta investigación, ya que la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y así, dejarla de alguna manera en las mismas condiciones en las que estaría de no haberse producido el daño. Es así, como las normas del régimen buscan establecer criterios que logren determinar si ante la generación de un hecho, ya sea por acción u omisión, cuyo resultado es la producción efectiva de un daño, el agente debe responder por él y resarcir el daño, o si por el contrario se excluye su responsabilidad, por encontrarse que la conducta del agente no se ajusta a los presupuestos exigidos, por haber un eximente de responsabilidad. Para ello, es importante tener presente los elementos básicos de la responsabilidad civil:

como lo indica, Morón, y Ramírez (2002) “la culpa, el daño o perjuicio y el nexo causal entre culpa y daño” (p. 11).

Asimismo, aunque no es tema de discusión es esta investigación, es importante también tener en cuenta que, se debe distinguir entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, siendo la primera, aquella que surge entre quienes existe un vínculo jurídico previo y singular y se genera por el incumplimiento de una obligación preexistente entre ellas, mientras que la segunda, nace de la causación efectiva de un daño sin que entre el agente productor del daño y la víctima de él exista un vínculo jurídico previo.

Ahora bien, ahondando en materia médica, en virtud del artículo 5 de la Ley 23 de 1981, la relación médico – paciente puede existir entre otras, derivado de una decisión voluntaria entre ambas partes, por lo cual, para el caso concreto de las cirugías estéticas nos encontramos en el ámbito contractual, debido a que existe un acuerdo entre los individuos. “Es deduce que la responsabilidad se traduce en la posibilidad que tiene el acreedor, cuando el deudor rehúsa o demuestra su renuencia a no cumplir con la obligación a la que está atado, de exigirle coercitivamente su ejecución” (Castro y Calonje, 2015, p.308).

## **5. Conceptos Generales**

Aun cuando no existe unanimidad en la doctrina, sobre cuáles son los elementos de la responsabilidad, se hará alusión a los más relevantes y los que han tenido mayor acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con base en el artículo 2341 del Código Civil. Se afirma entonces por la mayoría que ellos son: la existencia de un hecho ilícito – conducta, el daño y el nexo causal.

Lo anterior según la Corte Suprema de Justicia, indica que:

El sufrimiento de un mal, menoscabo o detrimento en sentido ‘natural’ no es motivo suficiente para considerar la presencia de un daño resarcible, pues debe tratarse de una lesión a un bien jurídico que goza de protección constitucional o legal, de suerte que dicha trasgresión faculta a su titular para exigir su indemnización por la vía judicial, es decir que el bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho, y tal



situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga. (...) El daño jurídicamente relevante debe ser atribuido al agente como obra suya, pero no como simple causalidad natural, sino como mecanismo de imputación de la acción (o inactividad) a un sujeto. (...) En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad (exigible en los casos de responsabilidad por culpabilidad), no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*) (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia de 30 de septiembre de 2016, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez).

Por otro lado, “el factor de imputación constituye otro de los elementos de la responsabilidad concretamente la culpa, que por regla general nos remite a un régimen predominantemente subjetivo, sin perjuicio de los casos de responsabilidad objetiva que surgen con ocasión de los daños nosocomiales” (Woolcott, et, al. 2018, p. 22).

La Corte Suprema en su sala civil ha considerado que la nosocomial al no haber asepsia total debería probarse (Fernández, 2016, p.849).

## **5.1 Conducta**

Debe diferenciarse aquí, el hecho jurídico, entendiendo por aquel, “fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, conservación, transmisión o extinción de los derechos u obligaciones” (Cabanellas, s.f., p.287). De los actos que generan propiamente responsabilidad civil, porque los hechos jurídicos pueden ser resultados del actuar humano o de un fenómeno natural, mientras que la conducta que da lugar a la responsabilidad civil, es aquella acción u omisión realizada por un ser humano, es decir que solo el hecho humano tiene potencial para generar responsabilidad civil el hecho del hombre.

## **5.2 Daño**

Consiste en la afectación total o parcial de un bien jurídico tutelado ya sea corporal o incorporal, mueble o inmueble, a la integridad física o psíquica de la persona. Es la alteración o el detrimento a bienes que tiene una relación material o inmaterial con quien lo sufre (Henao, 1998).

En ese sentido, puede ser catalogado como patrimonial, si el daño es susceptible de evaluarse económicamente y extra patrimonial, si la afectación recae sobre la órbita interna de la persona, sus sentimientos y esfera personal.

Las características jurídicas más relevantes se resumen en que el daño debe ser cierto y directo, para que pueda ser reparado, ya que solo se puede resarcir el perjuicio que se muestra como real. Además, debe tener “su fuente inmediata en el hecho antijurídico, como una culpa, una obra negligente, de mala fe o con dolo” (Isaza, 2011, p.40).

Tamayo (2007), sostiene que: “Es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extra patrimonial y que es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima” (p.326).

Ahora bien, como lo indican, Sarmiento, Medina y Plazas, (2017) es importante subrayar que quien cause un daño a otro, de inmediato contrae un deber, en contraposición a la víctima que obtiene un derecho. En el primero, en el causante del daño, surge el deber de indemnizar o reparar a la víctima, luego se hace deudor, en tanto que el otro se hace acreedor, tal como se determina en las obligaciones (p.106).

### **5.3 Nexo causal**

Hace referencia a la relación que debe darse entre el hecho y el daño, como lo manifiestan, Gual, y Fernández, (2019) “con el nexo causalidad, se trata de establecer simplemente la relación material causa-efecto entre el hecho generador y el daño, lo que se produce en un ligamen directo de causalidad” (p.162).

Es necesario, que el nexo causal sea próximo o actual al hecho y al daño, sin embargo, la cercanía tampoco puede pretenderse como inmediatez absoluta, “puede hacer un

encadenamiento de varias causas con relativa distancia que pueden llevar al daño, como unas lesiones que no causan la muerte de inmediato pero que sí pueden conllevar a dicho ese resultado con el transcurso del tiempo” (Isaza, 2011, p.56).

Así, mismo “lograr determinar con precisión el nexo de causalidad es uno de los aspectos más oscuros, polémicos y controvertidos del derecho de la responsabilidad” (Gual, y Fernández, 2019, p.167). Puesto que al no existir una definición legal, es a partir del análisis que realice un juez frente a la etapa probatoria de cuál(es) son la(s) causa(s) cierta(s) que conllevan al daño.

#### Factor de imputación

La imputación consiste en determinar el responsable del daño y esto se da luego de comprobar el nexo causal, así lo indican Gual, y Fernández (2019) “la imputación se trata de verificar al responsable de un acto por una culpa que se comete con independencia del autor” (p.162).

Los grados de culpas son:

Culpa grave, que se genera cuando el descuido es tan severo, que no lo habría cometido ni una persona negligente. En ese sentido, se ha equiparado al dolo. Por otra parte, la culpa leve, se presenta cuando hay un descuido ordinario, que, en términos generales, cualquier persona podría cometer y finalmente, la culpa levísima, se presenta cuando hay un descuido aún por la persona más diligente, según el artículo 63 del Código Civil:

La ley distingue tres clases de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca

prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta clase de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

En el campo médico la culpa, es aquella en la que el profesional de la medicina infringe las reglas que regulan el funcionamiento de la misma. La culpa, se prevé comparando la conducta con un patrón de comportamiento en el que no incurriría un buen profesional bajo las mismas condiciones de quien produjo el daño (Acevedo, Sánchez, 2018, p.21).

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Realizando un contraste del tema central de esta investigación, se tiene que cuando se omite este elemento nos enfrentamos a un régimen de responsabilidad objetiva, “donde ya no tuviera lugar la preocupación central en la conducta culposa del agente del daño sino otras razones jurídicas para la imputación de la responsabilidad”. (Woolcott, et, al. 2018, p. 25). Quiere decir que se prescinde del estudio de la conducta culposa del agente y se verifica únicamente la producción del daño a efectos de endilgar responsabilidad.

## **6. Responsabilidad Civil Médica**

El médico debe comprometerse con su profesión y al estar su actividad ligada a la vida de un ser humano, naturalmente debe estar dispuesto a poner en práctica todos sus

conocimientos y *expertise*, para llevar a cabo el procedimiento con éxito. Sin embargo, al ser la medicina una ciencia inexacta y al estar de manera constante el componente aleatorio, no es posible determinar con certeza que el resultado al final de cada procedimiento, será el éxito o el deseado por las partes, si bien, los actos del galeno deben estar orientados a ello y se deben basar en la prudencia y diligencia, no es posible que garantice el éxito total en cada uno de los procesos que lleve a cabo.

Entonces, se tiene que, se generará responsabilidad civil para un profesional de la medicina cuando se está ante un escenario de:

Creación de situaciones de riesgo para bienes jurídicos protegidos o de los daños que, mediando un factor de atribución de responsabilidad –generalmente culpa, excepcionalmente dolo o un factor objetivo de atribución-, causen a los pacientes o eventualmente a terceros en el ejercicio de su profesión como resultado de la inobservancia de los deberes impuestos por la *lex artis* propia de la medicina (Vivanco, 2013, p.5).

En ese sentido, los hechos que generarán responsabilidad para el galeno estarán asociados a inobservancia o incumplimiento de los deberes médicos y a las actividades realizadas en la práctica profesional, que se traducen en la generación de un daño en el paciente.

Uno de los deberes principales que tienen los médicos, es poner a disposición de cada uno de sus pacientes sus capacidades profesionales o *lex artis*. Cuando se habla de “*lex artis*”, se hace referencia a que el galeno debe actuar de acuerdo a los conocimientos que ha adquirido, por sus estudios de medicina y que está en la obligación de proceder partiendo del ejercicio de la misma, la ley propia del arte médico.

De conformidad con lo anterior, nos situamos en una obligación de medio, que se presenta cuando el deudor asume la obligación de desplegar una conducta con un componente de diligencia en favor de su acreedor, sin asumir con ello la garantía de un resultado concreto. Caso contrario, es cuando el deudor se compromete a garantizar un resultado concreto en favor del acreedor, pues estaríamos en un escenario de una obligación de resultado, que en

principio, no tendría lógica que se estudiara en el campo de la medicina, por las consideraciones ya expuestas, como lo son, el componente aleatorio, la incidencia de la conducta del deudor y del acreedor, que conllevan a que el resultado no depende de manera exclusiva en la conducta desplegada por el deudor,

Sobre este punto, vale la pena resaltar, el hecho que la definición del concepto de obligación de medio se ha venido llenando con pronunciamientos de las altas cortes,

Como lo es la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia 20001-3103-005-2005-00025-01 Magistrado Ponente: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, afirma que:

Para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, por lo tanto, puede darse el caso de que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o de que el profesional, por el contrario, si garantice o asegure la consecución de ese objetivo.

En el primer evento, la obligación del galeno, pesa a concretarse como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la *lex artis and hoc*; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido.

Y así mismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia SC7110-2017 de 24 de mayo de 2017 Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona,

De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la *lex artis*, independientemente del fin perseguido; y si son de resultado, por así haberse pactado expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor obtiene las expectativas

creadas. En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas.

De esa manera, si el galeno fija un objetivo específico, cual ocurre con intervenciones estéticas, esto es, en un cuerpo sano, sin desconocer su grado de aleatoriedad, así sea mínimo o exiguo, se entiende que todo lo tiene bajo su control y por ello cumplirá pagando la prestación prometida. Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente, basta para el efecto la diligencia y cuidado, pues al fin de cuentas, el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, *verbi gratia*, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros.

Pues, como se ha manifestado anteriormente, es por medio de la jurisprudencia y doctrina, que sobre el tema, es que se toman decisiones “Actualmente en Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir, el galeno no está en obligación de garantizar en la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de mejoría” (Ruiz, 2004, p. 199).

En pocas ocasiones, se ha catalogado la actividad médica como obligación de resultado, sólo en determinados casos de cirugías estéticas, en los que el paciente piensa que va a obtener un resultado determinado, por la escasa información que brindan los profesionales, prometiendo una imagen determinada a la cual en realidad no hay certeza de obtenerla. La información, al no ser clara, puede generar expectativas irreales y es esto lo que genera la responsabilidad. “La obligación contractual o extracontractual del médico respecto de la persona a quien va a tratar es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento” (Ruiz, 2004, p.199).

A lo anterior, se suma la necesidad de competir en el mercado y los mecanismos que han adoptado muchos profesionales para llamar clientela, pues han llevado incluso a la asunción por parte del profesional de un resultado que es casi imposible de garantizar de manera anticipada. De dicha falta de información y el afán por acaparar el mercado, la

conducta de los médicos cirujanos estéticos ha sido fuertemente castigada por las altas cortes a la hora de endilgar responsabilidad.

Derivado de lo anterior, la comunicación entre las partes es importante, y así lo señalan Vladimir Monsalve y Daniela Navarro (2014) La adecuada comunicación es la regla de oro en las relaciones sanitarias y mediante ella se garantizan y exigen no sólo los derechos de los pacientes, sino también sus deberes, generando así una buena práctica médica y evitando daños a los pacientes algunas veces de características irreparables, que tiene como origen la falta de una adecuada comunicación basada en la información.

Este concepto, señala que la información ofrecida por el cuerpo médico debe ser completa, clara, transparente y adecuada, además que es una de sus obligaciones. Partiendo de ella, el paciente debe lograr comprender cuál será el actuar del galeno, cuáles serán los riesgos, las molestias y efectos secundarios que podrá tener después de la intervención, así como los beneficios que pueda tener, si hay otras alternativas de tratamiento, las complicaciones al no realizar el procedimiento y demás aspectos que pueden interesarle al paciente. Sin embargo, se debe hacer la aclaración, de que el médico no solo debe comunicar lo que sabe, sino preocuparse porque la información que le brinda al paciente sea entendida y procesada adecuadamente por este, para que pueda hablar de que existe un consentimiento informado (Fernández, 2008, pp. 526 – 527).

Fernández-Sessarego y Woolcott (2018) señalan

La institución del “consentimiento médico” tiene dos imprescindibles y sucesivos elementos, el primero de los cuales constituye la completa información que le ofrece el médico al paciente y, el segundo sobre la base de la información proporcionada por el médico, el otorgamiento del paciente de su asentimiento o consentimiento para cualquier acto o intervención médica (p. 508).

Ahora bien, ese consentimiento que da el paciente, en una controversia jurídica es una de las pruebas más importantes que se puede tener, ya que, “antes de evaluar si en determinada prestación profesional se cometieron errores a la luz de la *lex artis*, debe verificarse la existencia del consentimiento informado. De lo cual, se infiere que el consentimiento merece



una evaluación aparte a los fines de la correspondiente responsabilidad” (Fernández y Woolcott, 2008 pp. 592 y 593),

Así mismo, aunque la asistencia al paciente se haya brindado correctamente tanto en el deber de informar como en la obtención de su

consentimiento, el paciente podrá recurrir a los tribunales si ambos derechos están afectados, si con ello se afecta la información clínica o si su consentimiento se considera viciado (Daza y Morales, 2016, p. 22).

Es importante, destacar que para que se genere la responsabilidad civil médica, no es suficiente con un padecimiento o deterioro en la salud del paciente, debido a, que dentro de esta actividad pueden surgir ciertas situaciones que perjudiquen al enfermo y surjan de su propia situación, por ejemplo: de la respuesta de su organismo, de cómo asimile el procedimiento, si desarrolla alergias, entre otras causas, que el profesional no tiene el deber de asumir. Desde el punto de vista jurídico, es fundamental que se cumplan ciertas características para que se pueda hablar de responsabilidad: es necesario que el daño sea real y efectivo. Debe ser personal, es decir, que quien reclame sea quien efectivamente haya sufrido la lesión. Es necesario, que el perjuicio se haya realizado sobre un interés lícito y tutelado y que el daño pueda ser atribuido a la conducta desplegada por el profesional.

El Acto médico puede tener lugar tanto los riesgos evitables y los riesgos inevitables. Los primeros, permiten que se configure la culpa médica, en la cual, la previsión y la evitabilidad del daño son los criterios basales para su determinación y consiguiente imputación de la responsabilidad. En cambio, los riesgos inevitables, se encontrarían, de acuerdo a la perspectiva de la culpa profesional, fuera de la esfera de la responsabilidad médica, con la consecuencia de ser asumidos exclusivamente por el propio paciente (Woolcott, 2014, p. 241).

De lo anterior, la reparación le corresponderá al médico, sólo cuando se le considere culpable, y el daño se haya producido por falta de cumplimiento a la *lex artis* o los cánones éticos – médicos, las técnicas señaladas por la práctica médica o por actuar con negligencia

o impericia, adicionalmente en la actualidad y como se manifestó anteriormente, por vía jurisprudencial el análisis que se debe realizar no es solo si la obligación es de medio o de resultado, basados en el acuerdo médico-paciente, sino que también se debe tener en cuenta si fueron cumplidas todas las obligaciones que ahora se enmarcan en la actividad del médico, en su nombrada relación compleja.

## **7. Responsabilidad de Medio y de Resultado**

Asumir profesionalmente un compromiso con un resultado en concreto se ha vuelto la principal estrategia, para atraer clientes en el mercado de la cirugía estética.

Dejando sin consideración alguna la alea propia de la profesión, la genética y el desarrollo mismo del procedimiento. La asunción de ese compromiso ha sido un motivo determinante a la hora de calificar el ejercicio médico como una obligación de resultado por las altas cortes (Rojas y Buitrago, 2017, p.57).

Jorge Cubides (2009), se refiere a los dos tipos de responsabilidad de la siguiente manera:

Obligaciones de medio o “mera diligencia”, y de resultado, distinción que se basa en que en las primeras el deudor satisface al acreedor con solo poner su diligencia y cuidado, sin garantizar los resultados de su actividad, al paso que en las segundas, es el resultado concreto mismo el que constituye el objeto de la prestación (p. 171).

Bonivento, (2017) Como ya se hizo alusión, no existe una definición legal de lo que se entiende como obligación de medio o de resultado dentro del marco jurídico colombiano, por lo que el contenido de la definición y la relación se ha dado vía jurisprudencial, con el fin dotar de algún grado de protección al paciente. Se tienen entonces, que han sido los jueces de la república los que han definido las características de la relación, sus elementos, “los requisitos de la carga de la prueba para efectos de atribuir responsabilidad contractual y el análisis de la diligencia para efectos de analizar el tema indemnizatorio” (Rojas y Buitrago, 2017, p.57).

Así pues, como también lo manifiesta Vivanco (2013) se entiende por obligación de medio;

También denominada obligación general de prudencia o diligencia, lo que exige es actuar de una manera prudente y diligente, para lograr el resultado deseado, aunque este no se obtenga, lo importante es hacer todo lo necesario para que éste se cumpla (p. 7).

Contrario, es el caso y las características propias que exige la obligación de resultado, donde el cumplimiento de la obligación, no tiene en cuenta la conducta desplegada en sí misma por el agente, ni la diligencia que haya empleado, sino lo que resulta relevante de cara al análisis del cumplimiento de la obligación, es la obtención del éxito esperado, pues aquí, como lo indica Arévalo citado por Vivanco: “el deudor se obliga a proporcionar, en forma directa e inmediata, la satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado, el cual integra la prestación” (Vivanco, 2013, p.223).

¿Puede hablarse, en consecuencia, de una obligación de resultado para el cirujano estético? Desde nuestro punto de vista, sería sumamente riguroso exigirle al cirujano estético, siempre y en todos los supuestos, una obligación de resultado. Hay que pensar, que no siempre se puede asegurar o garantizar que el paciente va a obtener un resultado favorable (Castañeda, et, al. 2009, p. 93).

De las consideraciones expuestas, se concluye que la obligación asumida por los cirujanos estéticos es de medio, y es que no podría ser diferente, si se tiene en cuenta, que este tipo de obligación le exige al galeno poner al servicio del paciente los medios con los que cuenta y observar cuidadosamente a quien tiene a cargo, con el objetivo de lograr una mejoría aun sin haber garantizado la obtención de la misma o el resultado deseado por el paciente. En ese sentido, se entiende que cumple con su obligación, desde el momento en que dispone todo su conocimiento y herramientas, al ser diligente y precavido para alcanzar con su objetivo, sin entrar a considerar el resultado obtenido al menos en sede de responsabilidad.

La cirugía estética, es una intervención médica y como tal, su resultado es incierto, al igual que en el resto de procedimientos quirúrgicos. Al respecto señala Fonseca citado por Usuga:

La Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Estética ha señalado que, en la cirugía plástica con fines estéticos, al igual que en las demás especialidades, se entiende que el galeno cumple cuando realiza de manera diligente y responsable su actividad de acuerdo a sus conocimientos y experiencia, aun cuando no se obtenga el resultado esperado (Usuga, 2012, p. 33).

Así mismo, como lo indica Fonseca citado por Arbeláez:

Dice que, en la cirugía plástica, al igual que en los demás campos de la medicina, siempre está presente la alea que caracteriza las obligaciones de medio. “Cualquier intervención sobre el cuerpo humano presenta riesgos imprevisibles o inevitables. La más inocente operación siempre puede aparejar consecuencias inesperadas (Arbeláez, s.f., p. 7).

Por otro lado, Guzmán, Arias y Moreno (2012), sostienen que la cirugía plástica estética es una actividad de medio teniendo en cuenta que:

Si por salud se entiende el estado de bienestar físico y emocional y no únicamente la ausencia de enfermedad, quien va al cirujano plástico lo hace porque tiene una necesidad de cualquier tipo, una alteración en su morfología que no lo satisface, es decir que se encuentra enfermo mentalmente. Y en ese momento, el deseo de cambio se convierte en una alteración a la que se debe ofrecer algún tipo de solución (p. 110).

Ahora bien, caso distinto será cuando se regule de manera más detallada el marco de actuación del profesional y se haga un llamado a la concientización de los pacientes, en lo que respecta a la información y asesoría adecuada, pero el hecho de existir un vacío legislativo en esta materia, no se debe traducir en la imposición de cargas más gravosas al profesional, en aras de proteger a una persona que aparentemente resulta estar en una condición de desprotección, pero muchas veces, sobre ella también recae un componente

importante en la ausencia de diligencia. Lo anterior, es un llamado al ejercicio más responsable de ambos extremos de la relación contractual, en cuanto a la información previa y la diligencia integral de los deberes con anticipación y posteriores a la concreción de la relación, de tal manera, que una regulación en la materia, permite mayores exigencias a los profesionales de acuerdo con los estándares unánimes que imponga la norma.

En conclusión y de acuerdo al estado actual en la materia, todo surge de la base que es una actividad médica, y que, como tal, pueden existir complicaciones, que van más allá de una intervención, y puede incluso llegar a pasar a ser una verdadera cirugía vital, en donde las circunstancias entran a jugar un papel de vital importancia, según sea la situación. En todo caso, no puede asumirse ni asegurarse un resultado, sin embargo, se debe garantizar, que se emplearán todos los medios que cuenten, para que el procedimiento salga de la mejor manera posible (Arbeláez, s.f., p. 8).

## **8. Seguro de Responsabilidad Médica**

El aseguramiento se define, como aquel que implica la traslación de un riesgo a cambio de una contraprestación. Para el caso concreto, cuando se materialice la realización del riesgo asegurado, como lo dice Fernández, M. (2017)

La obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado como consecuencia de la responsabilidad en que este incurra, y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, a partir de lo cual se constituye en el beneficiario de la indemnización (p.20).

Es un seguro patrimonial, que busca proteger la universalidad del patrimonio del asegurado, en este caso el médico, ante una posible pérdida que lo pueda afectar de manera desfavorable, frente a la reclamación que pueda hacer una persona por un daño generado en ejercicio de la actividad.

Según Morón y Ramírez (2002)

Las demandas por responsabilidad que terminan con la condena del médico han aumentado casi un 40 %, cada año. Es aquí donde surge la necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil, como mecanismo de atenuación al impacto contra el patrimonio de los galenos. Así las cosas, no se debe buscar solo una póliza que garantice determinados amparos, sino una cuyas coberturas se adapten a las necesidades del cliente, y que tenga como finalidad crear seguridad en la práctica de la profesión médica (p. 172).

En ese sentido y dada la necesidad de proteger el patrimonio, se ha hecho necesario contar con un seguro de responsabilidad médica, pues, “las demandas y las denuncias de los pacientes insatisfechos, en la búsqueda de un resarcimiento económico y social” (Morón y Ramírez, 2002, p. 172), han ido incrementando con el pasar del tiempo. El seguro le otorga a la responsabilidad civil, un apoyo enorme debido a que garantiza “la eficacia de la obligación de compensar el daño cuando dicha compensación es superior a los recursos de que dispone el responsable, también se le ha considerado como una herramienta para garantizar una reparación a la víctima del daño” (Fernández, M., 2017, p.40).

El seguro de responsabilidad civil tiene un doble propósito, de un lado, el resarcimiento de la víctima, que busca la protección de los daños que pueda sufrir cuando tenga su origen en la denominada “culpa profesional”, que es una de las manifestaciones de la culpa. Así mismo, busca proteger el patrimonio del civilmente responsable, pues de no existir el seguro, sería su patrimonio el que se afectaría como consecuencia de la responsabilidad civil, lo que implicaría, un grave deterioro económico para él, pero también implicaría muchas veces el no resarcimiento del perjuicio por no haber garantías para ello (Morón y Ramírez, 2002, p.162).

El seguro de Responsabilidad Civil Profesional, contiene todos y cada uno de los elementos y características propias del seguro de Responsabilidad Civil, diferenciándose en la clase de daño que genera la responsabilidad del asegurado, pues es un daño que se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional de hay la importancia de este seguro, ya que persigue la asunción del riesgo por parte de una aseguradora con el fin de indemnizar a la víctima en el evento

de que se cause un daño en el desempeño o ejercicio profesional del agente (Morón y Ramírez, 2002, p.164).

## **Conclusión**

El objetivo principal de esta investigación era explicar por qué los médicos cirujanos estéticos, asumen una obligación de medio y no de resultado en el ejercicio de su actividad, en cuanto a que existen otros factores que influyen en el resultado deseado por el paciente.

Así pues, es determinante, evaluar el actuar realizado por el galeno y así poder verificar si en las condiciones especiales, temporales y personales en las que el profesional se encontraba, logró cumplir con el protocolo médico y si efectuó un buen uso de los recursos de los que disponía, así como de su conocimiento y que su actuar haya si diligente y cuidadoso.

Así mismo, se debe tener en cuenta, que ha cobrado relevancia el consentimiento informado, que en materia médica ha dejado de ser un simple formalismo y se ha establecido en ese documento que constituye, de alguna manera, una especie de protección, no solo para el paciente, porque a partir de allí se le informa el procedimiento y los posibles riesgos que puede enfrentar con ocasión a éste, sino también para el galeno, quien lo empleará como la traslación del riesgo y un elemento material probatorio de cara a un juicio en el que consta que brindó información necesaria al paciente.

Ahora bien, si se mira desde la responsabilidad civil como una obligación de medio, el profesional, no se puede comprometer a obtener un resultado físico concreto, ya que no depende exclusivamente de él, pues con la correcta actuación del profesional no garantiza que otras variables fuera de su alcance no vayan a influir. Se debe tener en cuenta, la anatomía de cada individuo, las reacciones que tenga durante y después del procedimiento, las enfermedades o lesiones que no se lograron detectar pese a un buen estudio previo, etcétera. La responsabilidad del profesional debe ir vinculada al cumplimiento de las reglas y no a la obtención del resultado esperado por el paciente.

Si bien es cierto, los avances tecnológicos que se implementan en los procesos quirúrgicos han logrado mejorar las condiciones del mismo y reducir el padecimiento del paciente y los riesgos en una medida importante, no se puede asegurar que no se presentarán dificultades durante o después de la intervención. Es inevitable e imposible garantizar que un cirujano, anestesiólogo, instrumentador, residente o miembro de un equipo médico eventualmente cometa un error que se materialice en una complicación médica.

Adicionalmente, se tendrían que sumar los riesgos propios de cualquier cirugía o intervención para concluir que, aunque las partes esperan obtener el éxito deseado en el procedimiento, no existen garantías ciertas de algún riesgo se pueda concretar y se traduzca en una complicación.

Naturalmente, los galenos, al hacer su juramento hipocrático, están asegurando que van a dar todo de sí, de sus conocimientos y prácticas para que la intervención sea un éxito y los resultados siempre sean los mejores, lo que implica per se, una obligación de medio inherente a esta actividad. Lo que pase durante o después del mismo, es algo que podría considerarse incierto y aleatorio. Cada cuerpo es un universo distinto y todos los seres humanos reaccionan de manera diferente antes, durante y después del procedimiento, lo que determina de manera importante los resultados a corto y largo plazo.

De igual manera, se estableció que en la actualidad hay avances en materia jurisprudencial, en los cuales han ampliado las bases para el análisis jurídico, en cuanto a las obligaciones que tiene un profesional de la medicina, en los cuales ya no solo se basan en su actuar diligente y propio de la *lex artis*, y de ahí el nuevo termino de relación compleja.

En cuanto al seguro de responsabilidad civil médica y el papel que tiene en este momento, se vale decir que, se ha vuelto un requisito obligatorio para los profesionales de la salud, pues no solo brinda protección a su patrimonio, sino que también sirve como respaldo en el momento que sea necesario resarcir un daño en el cumplimiento de su profesión.

En una opinión personal, como se indicó anteriormente siendo Colombia uno de los países más apetecidos para realizar cirugías estéticas, es importante que se cree normatividad encaminada a regular este tema.



## Referencias

Acevedo, J y Sánchez, J. (2018). Responsabilidad civil médica derivada de cirugías plásticas (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. p. 21.

Achával, A. (1983). Responsabilidad civil del médico. Libertad, verdad y amor en una profesión. Abeledo Perrot, Buenos Aires. p. 24.

Arbeláez, D. (s.f.). La cirugía plástica en Colombia: ¿una obligación de medios o de resultado? (Tesis de pregrado). Universidad CES, Medellín, Colombia. pp. 7 y 8.

Cabanellas, G. (s.f). Diccionario de Derecho Usual. Tomo II, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. p. 287.

Capitant, H. (1961). Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Edición Depalma. p. 489.

Castañeda, C., Giraldo, C. y Suarez, A. (2009). Responsabilidad civil contractual del acto médico en la cirugía plástica. Análisis jurisprudencial 2004 a 2008. Universidad de Manizales, Medellín, Colombia. pp. 41-93.

Castro, A., y Calonje, N. (2015). Responsabilidad. En J.G. Castro Ayala N. X. Calonje Londoño. Derecho en obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización Bogotá, Universidad Católica de Colombia. p. 308.

Cubides, J. (2009). Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 5ª Ed. Bogotá. p. 171.

Bonivento, (2017). Obligaciones, primera edición, Legis, Bogotá.

Daza, S. y Morales, S. (2016). El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España. Universidad Católica De Colombia, Bogotá, Colombia. p. 22 Recuperado de: <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1316/1249>

El país. (22 de agosto de 2016). Colombia sexto país en realización de cirugías estéticas. Recuperado de: <https://www.elpais.com.co/colombia/sexta-pais-en-realizacion-de-cirugias-esteticas.html>

Fernández, M. (2008). La responsabilidad médica problemas actuales, Ibáñez, Bogotá.

[Fernández, M. \(2013\), La transposición de consumo del campo médico-sanitario en Gual, J. - Villalba, J. derecho del consumo problemáticas actuales, Santo Tomas Ibáñez Bogotá, pp 512 – 534.](#)

[Fernández, M. \(2016\) Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano: reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa. Revista Chilena de Derecho, 43\(3\), 849-875. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-343720160003000004](#)

Fernández, M. (2017) El aseguramiento de la responsabilidad civil médica: ideas de reflexión desde una perspectiva comparada. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. pp. 20-40. Recuperado de: [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18235/1/El-aseguramiento-de-la-responsabilidad-civil-m%C3%A9dica\\_Cap04.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18235/1/El-aseguramiento-de-la-responsabilidad-civil-m%C3%A9dica_Cap04.pdf)

Fernández-Sessarego, C. y Woolcoot, O. (2018). Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica. Tomo I. Primera Edición. Editorial. Instituto Pacífico S.A.C. ISBN: 978-612-322-095-2 Lima Perú. pp. 508-593.

García, J. (s.f.). Responsabilidad civil de los médicos. p. 2. Recuperado de: [file:///C:/Users/Downloads/Dialnet-ResponsabilidadCivilDeLosMedicos-5501003%20\(10\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/Dialnet-ResponsabilidadCivilDeLosMedicos-5501003%20(10).pdf)

Gual, J y Fernández, M (2019). Nexo de Causalidad e imputación: problemas sobre sus características y aplicación, en Blanco C. (Dir) La responsabilidad constitucional desde el escenario de la actividad administrativa. Universidad Santo Tomas, Bogotá, pp. 162 y sig.

Guzmán, Arias y Moreno (2012). El ejercicio de la cirugía se encuentra en peligro, a propósito de la sentencia N° 33.920 de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre la

condena a cirujano plástico de Cali. p. 110 Recuperado de:  
<http://www.scielo.org.co/pdf/rcci/v27n2/v27n2a2.pdf>

[Henao, J. \(1998\). El daño. Ed. Externado, Bogotá.](#)

Isaza, J. (2011). Inducción a la responsabilidad civil. pp. 40 y 56. Recuperado de  
<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a1/5.pdf>

Monsalve V. y Navarro D. (2014). El consentimiento informado en la praxis médica: responsabilidad civil y derecho de consumo. Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas

Morón, M y Ramírez, M. (2002). Contrato de seguros por responsabilidad civil médica (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. pp. 8 – 233.

Rojas, M. y Buitrago J. (2017). La cirugía plástica estética en Colombia responde a un paradigma económico. (Tesis de pregrado). Universidad Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. p. 57.

Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. pp. 199 - 203. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/52201831.pdf>

Sarmiento, D. Medina, S. y Plazas, R. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. Bogotá, Colombia. p. 106. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560259695005>

Tamayo, J. (2007). Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo 2, segunda edición aumentada y corregida. Bogotá, Colombia: Legis. p.326.

Usuga, L. (2012). Responsabilidad médica en cirugía plástica estética (Tesis de grado). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. p. 33.

Vélez, H. (2016). ¿Diversas concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil?, ¿Cuáles concepciones sobre la configuración de la responsabilidad

civil diferente a la de “hecho ilícito – causalidad – daño” se presentan en el Derecho Privado? de Medellín, Colombia. p. 422 Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v46n125/v46n125a08.pdf>

Vivanco, C. (2013). Responsabilidad civil del cirujano plástico: ¿Obligación de medio o de resultado? (Tesis de pregrado). Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, Chile. p. 5 – 223.

Woolcott, O. (2014). Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el estatuto del consumidor. Tunja, Boyacá. Revista principia IURIS No. 22. ISSN: 0124-2067. p. 241. Recuperado de: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/951/920>

Woolcott, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. Revista Criminalidad Vol. 57. Núm. 1. ISSN: 1794-3108. p. 69 Recuperado de: [https://www.policia.gov.co/sites/default/files/57\\_1.pdf](https://www.policia.gov.co/sites/default/files/57_1.pdf)

Woolcott, O. Monje, D. Comandé, G. Peláez, R. y Alarcón, A. (2018). Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones. Los criterios de imputación de la responsabilidad civil a través de una panorámica de las tendencias europeas, con énfasis en la línea de armonización del derecho europeo de daños. Ed. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. ISBN: 978-958-5456-17-4. p. 25. Recuperado de: <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/estudios-contemporaneos-de-derecho-privado-web.pdf>

Woolcott, O. Monje, D. Peláez, R. Comandé, G. y Morales, R. (2018). La modernización de las instituciones del derecho civil. Responsabilidad civil, propiedad y contrato. Caracterización de la actividad riesgosa y sus efectos para la imputación de la responsabilidad en la interpretación jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil colombiano. Ed. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. ISBN: 978-958-5456-56-3. p. 22. Recuperado de: <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/la-modernizacion-de-las-instituciones-del-derecho-civil-cato.pdf>

Woolcott, O. Vivas T. y Garzón T. (2017). El Problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente. Ed. Universidad Católica de Colombia. ISBN: 978-958-8934-65-5. pp. 20-52. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15939/1/El-problema-de-las-transfusiones-de-sangre-y-la-transmisi%C3%B3n-del-VIH.pdf>

### **Normatividad**

[Código Civil Colombiano \(2019\). Ley 57 de 1887. \(24ed.\). Bogotá D.C.: Legis Colección. Códigos Básicos.](#)

### **Jurisprudencia**

Consejo de Estado, Sección Tercera. (13 de septiembre de 1991). Expediente 6253 MP. Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (14 de febrero de 1992). Expediente 6477 MP. Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (30 de julio de 1992). Expediente 6897 MP. Daniel Suarez H.

Consejo del Estado, Sentencia de octubre 7 de 1999, exp. 12.655, Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (10 de febrero de 2000). Expediente 11878 MP. Alier Hernández E.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (07 de diciembre de 2004). Expediente 14421 MP. Alier Hernández E.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (11 de mayo de 2006). Expediente 14400 MP. Ramiro Saavedra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (20 de octubre de 2014). Expediente 30166 MP. Olga Valle de Dela Hoz.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (03 de octubre de 2016). Expediente 31159A MP. Ramiro Pazos Guerrero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 20001-3103-005-2005-00025-01 MP. Arturo Solarte Rodríguez

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia de 30 de septiembre de 2016, MP. Ariel Salazar Ramírez

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC7110-2017 de 24 de mayo de 2017 MP. Luis Armando Tolosa Villabona,